

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat VB 1
Scharnhorststraße 34-37
10115 Berlin

16. Februar 2021

**Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) vom 22. Januar 2021
Siebzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf den Referentenentwurf des BMWi vom 22. Januar 2021 betreffend die 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung und die auf Ihrer Webseite genannte Möglichkeit hierzu bis zum 26. Februar 2021 Stellung zu nehmen.

Gerne würden wir auf zwei technische Punkte hinweisen:

1. Konzerninterne Anteilsübertragungen

Nach § 55 AWW ist der Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Kontrolle stets eröffnet, wenn ein Unionsfremder unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung im Sinne des § 56 AWW an einem inländischen Unternehmen erwirbt. Dies gilt daher nach derzeitiger Rechtslage unter Umständen auch dann, wenn in einer (bereits geprüften und genehmigten) Beteiligungsstruktur zu einem späteren Zeitpunkt lediglich eine Zwischengesellschaft hinzugefügt oder ausgetauscht wird.

Beispiel 1: Die chinesische Gesellschaft A-Co. Ltd. hat über eine Tochtergesellschaft mit Sitz auf British Virgin Island (B Ltd.), 100% der Anteile an der deutschen Gesellschaft C-GmbH erworben. Dieser Erwerb wurde vom BMWi freigegeben. Die A-Co. Ltd. will nach Vollzug dieser Transaktion ihr Auslands-geschäft neu strukturieren. Dazu sollen alle europäischen Aktivitäten der A-Co. Ltd. nicht mehr über die B Ltd., sondern über eine britische Holdinggesellschaft, nämlich die von A-Co. Ltd. zu diesem Zweck neu gegründete britische D-Ltd., gehalten werden. Die B-Ltd. überträgt die Anteile an der C-GmbH daher an die britische D-Ltd. (Abwandlung: Bei D-Ltd. handelt es sich um eine luxemburgische Gesellschaft.)

Geschäftsführer:
Dr. Christian Cornett
Rudolf Haas
Rüdiger Knopf
Dr. Michael Roos

Tel: +49 (0)69 505029300
Fax: +49 (0)69 505029399
Taunusanlage 17
60325 Frankfurt am Main
Deutschland

Kontoverbindung: Deutsche Bank
IBAN DE77500700100032613200
BIC DEUTDEFFXXX
Steuernummer: 45.237.9795.2
USt.-ID DE310080874

Beispiel 2: Die US-amerikanische Gesellschaft A-Ltd. hat 100% der Anteile an der deutschen Gesellschaft B-GmbH erworben. Dieser Erwerb wurde vom BMWi freigegeben. Nach Vollzug der Transaktion stellt die A-Ltd. fest, dass es für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte, die Aufnahme von Finanzmitteln und/oder aus steuerlichen Gründen vorteilhaft ist, wenn sie die Beteiligung nicht direkt, sondern über eine deutsche Zwischengesellschaft hält. Hierzu gründet die US-amerikanische A-International Ltd., welche eine 100%ige Tochtergesellschaft von A-Ltd. ist, eine deutsche Tochtergesellschaft (die C-GmbH) und die C-GmbH erwirbt dann von A-Ltd. die Anteile an B-GmbH. (Abwandlung: Die C-GmbH wird von A Ltd. direkt und nicht von der A-International Ltd. gegründet).

Ausländische Direktinvestitionen werden unter anderem im EU-Recht und in zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen, von bilateralen Freundschaftsverträgen über Freihandelsabkommen bis hin zum WTO-Recht, gewährleistet. Grundsätzlich muss in jedem Fall die Vereinbarkeit mit Völkerrecht geprüft werden. Gemäß den internationalen Verpflichtungen im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie der Handels- und Investitionsabkommen, die mit Drittstaaten geschlossen wurden, können die Europäische Union und die Mitgliedstaaten aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung *nur* unter bestimmten Voraussetzungen restriktive Maßnahmen im Zusammenhang mit ausländischen Direktinvestitionen ergreifen (vgl. hierzu auch den dritten Erwägungsgrund der VERORDNUNG (EU) 2019/452 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union).

Es ist nicht ersichtlich, wie in den oben genannten Fällen die dort beschriebenen konzerninternen Umstrukturierungen Einfluss auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland haben sollten. Während in den jeweiligen Abwandlungen nach dem Wortlaut des § 55 AWW bereits unklar ist, ob diese Fälle (als erneuter indirekter Erwerb durch denselben unionsfremden Investor) überhaupt einer Prüfung unterliegen, muss in den jeweiligen Ausgangsbeispielen grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Fälle geprüft werden könnten.

Solange in den meisten Fällen eine Mitteilung an das Ministerium freiwillig war, konnten die Parteien bei rein konzerninternen Umstrukturierungen regelmäßig auf eine Meldung verzichten oder eine Meldung machen, aber die Maßnahmen dennoch vollziehen. Die Erweiterung der Meldepflichten in § 55a AWW n.F. und die damit erfolgende Ausweitung eines Vollzugsverbots führt nun dazu, dass auch solche Maßnahmen in der Praxis häufiger einer Meldepflicht und einem Vollzugsverbot unterliegen.

Da solche konzerninternen Maßnahmen regelmäßig steuerliche oder bilanzielle Gründe haben, sind diese Maßnahmen meist zeitkritisch und vor einem bestimmten Stichtag (Geschäftsjahresende) umzusetzen, damit die gewünschten steuerlichen und bilanziellen Ziele erreicht werden. Zudem bindet die Prüfung solcher Fälle unnötig Ressourcen beim BMWi, welche für die Prüfung relevanter Fälle benötigt werden.

Es wäre daher wünschenswert, wenn für Fälle, in denen bei einer mehrstufigen Beteiligungsstruktur lediglich Änderungen auf einer mittleren Ebene der Beteiligungsstruktur erfolgen, ohne dass dies die Gesellschafterstruktur auf einer darüber liegenden Ebene berührt, Erleichterungen gelten. Zu denken wäre beispielsweise an eine Konzernausnahme bezüglich Meldepflichten und Vollzugsverbot, so wie sie auch im Bereich der Fusionskontrolle etabliert ist.

2. Erwerb kleinerer Aktienpakete über die Börse

Auch an deutschen börsennotierten Unternehmen sind häufig ausländische Investoren beteiligt. Erwerbe und Hinzuerwerbe unterliegen insoweit (ebenso wie bei deutschen Investoren) den Mitteilungspflichten des § 33 WpHG.

Die neue Regelung in § 56 Abs. 2 AWW n.F. unterwirft im Einklang mit der bisherigen Praxis des BMWi Hinzuerwerbe oberhalb der in § 56 Abs. 1 AWW genannten Beteiligungsschwellen der Investitionskontrolle, und zwar unabhängig von ihrem Umfang und den Mitteilungspflichten des § 33 WpHG und/oder einem möglichen Kontrollerwerb. Fällt das Geschäft des börsennotierten Unternehmens unter § 55a Abs. 1 AWW n.F. sind dann auch Meldepflichten und Vollzugsverbote anwendbar.

Dies führt im Ergebnis faktisch dazu, dass ein ausländischer Investor nicht spontan auf Marktentwicklungen reagieren und weitere Aktien über die Börse erwerben kann, da in diesen Fällen eine aufschiebende Bedingung für den Erwerb zur Einhaltung des Vollzugsverbots nicht praktikabel ist. Dagegen wird auf der anderen Seite der Hinzuwerb von Aktien, welche weder die Meldeschwellen des § 33 WpHG berührt (wie z.B. eine Erhöhung der Beteiligung von 31% auf 32%) noch zu einem Erwerb von Kontrolle (durch Erlangung der Hauptversammlungsmehrheit) führt, wohl kaum eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bedeuten können.

Es wäre daher wünschenswert, wenn für den Erwerb von Aktien an börsennotierten Gesellschaften eine Regelung entsprechend § 41 Abs. 1a GWB in Erwägung gezogen wird, die im Bereich der Fusionskontrolle für Börsengeschäfte eine Ausnahme vom Vollzugsverbot vorsieht, wenn der Erwerb unverzüglich angemeldet wird und die Gesellschafterrechte bis zur Genehmigung des Vorhabens nicht ausgeübt werden. Alternativ könnte eine Sonderregelung dahingehend eingeführt werden, dass lediglich Hinzuerwerbe, welche die Meldeschwellen des § 33 WpHG berühren oder eine faktische Hauptversammlungsmehrheit begründen, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 55a Abs. 1 n.F. meldepflichtig sind und einem Vollzugsverbot unterliegen können.

Für eine Besprechung oder Rückfragen stehen wir selbstverständlich zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



King & Wood Mallesons Rechtsanwaltsgesellschaft mbH